

Este documento está publicado en:

Parejo Alfonso, L. (1981). La Constitución y las leyes preconstitucionales. El problema de la derogación y la llamada inconstitucionalidad sobrevenida. *Revista de Administración Pública*, 94, pp. 201-223.

Texto disponible en:

<https://doi.org/10.18042/cepc/rap>

*Con licencia de reutilización  
ver: <http://www.cepc.gob.es/cepc/aviso-legal>*

## I. COMENTARIOS MONOGRAFICOS

### LA CONSTITUCION Y LAS LEYES PRECONSTITUCIONALES. EL PROBLEMA DE LA DEROGACION Y LA LLAMADA INCONSTITUCIONALIDAD SOBREVENIDA

(A propósito de la jurisprudencia constitucional sobre el tema)

#### I

La sentencia del Tribunal Constitucional de 2 de febrero de 1971 sobre la Ley de Régimen Local (de la que fue ponente el Magistrado señor GÓMEZ-FERRER Y MORANT) se ha planteado y resuelto —con motivo de la alegación de inadmisibilidad del recurso directo de inconstitucionalidad, deducido por Diputados y Senadores del PSOE, formulada por la representación del Gobierno— el importante problema del ámbito de la jurisdicción del Tribunal por razón del momento temporal de la promulgación de la ley cuestionada —anterior o posterior al texto constitucional; problema en cuya base está la diferenciación entre derogación (por virtud de la disposición derogatoria de la Constitución, que operaría en el plano de la vigencia de la norma legal y no en el de su validez, de modo que se enmarcaría siempre en el poder de enjuiciamiento de la integración del ordenamiento aplicable al caso o *Prüfungsrecht* de los Tribunales y Jueces ordinarios) e inconstitucionalidad (por virtud del carácter de *lex superior* de la Constitución, que actuaría en el plano no de la vigencia sino de la validez de la norma legal, de modo que se situaría siempre en el poder de rechazo de ésta por disconformidad con aquella *lex superior* o *Verwerfungsrecht* reservado al Tribunal Constitucional) [sobre los conceptos *Prüfungsrecht* o derecho judicial a examinar la validez de una norma antes de su aplicación y *Verwerfungsrecht* o *kompetenz* o derecho de rechazar la aplicación de la norma inválida, véase E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, Ed. Tecnos, Madrid, 1981, 2.ª ed., pp. 3 y ss.; «La Constitución como norma jurídica», en la obra colectiva *La Constitución española de 1978* —estudio sistemático dirigido por los profesores GARCÍA DE ENTERRÍA y PREDIERI—, Ed. Cívitas, Madrid, 1981,

- 2.<sup>a</sup> ed., pp. 120 y ss., y más resumidamente, *Curso de Derecho Administrativo*, escrito en colaboración con T. R. FERNÁNDEZ, Ed. Civitas, Madrid, 1980, reimpresión de la 3.<sup>a</sup> ed., tomo I, p. 981. Importa precisar desde el principio que el tema se aborda en el contexto de un recurso directo de inconstitucionalidad (aunque referido a una ley anterior a la Constitución) y se plantea y resuelve, por ello, con carácter general.

La sentencia dedica al problema el primero de sus fundamentos jurídicos, resolviéndolo a la luz de las soluciones dadas al mismo en los sistemas italiano y alemán e inspirándose claramente —como más tarde veremos— en la de este último (los argumentos aducidos en el apartado D) del fundamento jurídico analizado son los mismos que ha desarrollado la jurisprudencia del Tribunal Federal Constitucional alemán en las sentencias del mismo expresamente citadas). Quiere decirse que la conclusión establecida no es otra que la afirmación de la competencia del Tribunal para conocer de las leyes preconstitucionales, es decir, la de que la Jurisdicción constitucional incluye el enjuiciamiento de estas últimas, sin perjuicio de que respecto de las mismas los Tribunales y Jueces ordinarios posean el *Prüfungsrecht* y deban, por tanto, inaplicarlas cuando entiendan que han sido derogadas por la Constitución. El discurso argumental que conduce a esta solución puede sintetizarse así:

a) Mientras que en el caso de las leyes posconstitucionales su relación con la Constitución se resuelve íntegramente con arreglo al criterio de la *lex superior* o de jerarquía, en el de las preconstitucionales esa relación reviste caracteres peculiares, toda vez que no se agota en el criterio expuesto al concurrir con el mismo el de la *lex posterior* o temporal. Ambos criterios —jerárquico y temporal— actúan a partir de un mismo parámetro material (sin perjuicio de su graduación en intensidad —mera contradicción u oposición—; aunque este aspecto de la cuestión no queda debidamente clarificado en la Sentencia, que —a la postre— parece resumir tanto la contradicción como la oposición en una única realidad: la disconformidad o incompatibilidad), que puede reconducirse a la disconformidad o incompatibilidad de la norma legal con la Constitución. En cualquier caso, la coincidencia de los dos criterios da lugar (lo que no sucede con las leyes posconstitucionales, que únicamente pueden ser inconstitucionales) tanto a la inconstitucionalidad sobrevenida (por aplicación del criterio jerárquico) como la derogación (por aplicación del criterio temporal).

b) Como quiera que el Tribunal Constitucional —arts. 161, 1, a), y 163 de la Constitución— tiene competencia para enjuiciar la conformidad o disconformidad de las leyes en sentido formal al texto constitucional, tanto por vía directa como incidental, y en el caso de las leyes preconstitucionales ha de pronunciarse un juicio de dicha naturaleza (por aplicabilidad al mismo del criterio de jerarquía y no únicamente del temporal), no puede negarse la competencia de dicho

Tribunal respecto de tales leyes preconstitucionales. El juicio del Tribunal es de constitucionalidad que, de ser de disconformidad o incompatibilidad de la ley con el texto constitucional, determina un pronunciamiento de inconstitucionalidad sobrevenida y, por ello y en aplicación de la disposición derogatoria de aquel texto fundamental, de derogación (pero importa precisar que aquí la derogación es una consecuencia de la inconstitucionalidad sobrevenida, no el objeto principal del fallo de la Jurisdicción Constitucional).

c) Los razonamientos anteriores conducen al siguiente esquema del alcance de la competencia del Tribunal:

— La conformidad o no a la Constitución de las leyes posconstitucionales es cuestión cuyo conocimiento está reservado, en régimen de monopolio, al Tribunal Constitucional.

— No sucede otro tanto en el supuesto de las leyes preconstitucionales. La competencia en él del Tribunal Constitucional está fuera de duda (tanto en vía de recurso directo como en la incidental de la cuestión de inconstitucionalidad), pero opera sin perjuicio de la que ostentan —a título excepcional— los Jueces y Tribunales para enjuiciar la constitucionalidad de dichas leyes preconstitucionales y, en su caso, inaplicarlas (por derogadas y no vigentes), pudiendo también —en caso de duda— optar por someter la cuestión al Tribunal Constitucional.

La competencia excepcional de los Jueces y Tribunales para enjuiciar la conformidad o no de las leyes preconstitucionales a la norma fundamental se justifica así:

«El enjuiciamiento de la conformidad de las leyes con la Constitución es, por el contrario, una competencia propia del mismo que, sólo excepcionalmente, en cuanto a las anteriores a la Constitución, corresponde también a los Jueces y Tribunales integrados en el Poder Judicial, los cuales al inaplicar tales leyes no enjuician realmente la actuación del legislador —al que no le era exigible en aquel momento que se ajustase a una Constitución entonces inexistente— sino que aplican la Constitución, que ha derogado las leyes anteriores que se opongan a lo establecido en la misma y que —por ello— son inconstitucionales.»

De la decisión plasmada en la sentencia disintió un Magistrado (señor RUBIO LLORENTE), que formuló el correspondiente voto particular; voto particular en el que se articula una solución diferente al problema, en los siguientes términos:

a) Inconstitucionalidad y derogación son instituciones jurídicas distintas, pudiéndose cifrar sus diferencias en las siguientes:

— La derogación es el resultado de la sucesión de normas en el tiempo (el principio *lex posterior* es un principio lógico y necesario del ordenamiento jurídico que sólo cede ante el principio de jerarquía), mientras que la inconstitucionalidad se limita al supuesto de contradicción entre el texto constitucional y normas posteriores al mismo.

— La inconstitucionalidad puede tener como causa tanto vicios formales como vicios materiales, mientras que la derogación reduce sus causas a la contradicción material entre dos regulaciones sucesivas en el tiempo (queda fuera de ella el vicio formal).

— La derogación supone la validez de la norma derogada e implica la pérdida de vigencia (y sólo ésta), mientras que la inconstitucionalidad comporta siempre la invalidez de la norma legal.

b) La cuestión de la vigencia, es decir, la determinación de la norma aplicable al caso es facultad propia de los Jueces y Tribunales ordinarios, no existiendo ningún precepto constitucional que reduzca o limite esta facultad (excluyendo, en particular, de ella los pronunciamientos relativos a la eficacia derogatoria de la norma constitucional). Por tanto, esa facultad comprende también la aplicación de la institución derogatoria, por virtud del principio de jerarquía, cuando las normas en conflicto son la Constitución y una ley posterior, sólo que aquí la Constitución ha limitado la facultad judicial en los términos de su artículo 163; limitación que no es en realidad tal, porque este precepto se refiere no a una norma legal supuestamente inaplicable por no vigente (ámbito en que se mueve el poder judicial), sino a una aplicable (vigente) pero supuestamente inválida (ámbito que pertenece al Tribunal Constitucional).

c) La cuestión de la invalidez por inconstitucionalidad de las leyes corresponde en exclusiva al Tribunal Constitucional (art. 39, 1, de la Ley Orgánica del mismo), pero no por razón de ostentar un monopolio sobre el enjuiciamiento o de la constitucionalidad de las Leyes (enjuiciamiento que pertenece al poder judicial), sino por virtud de tener conferido un monopolio de rechazo de las leyes inconstitucionales con efectos *erga omnes*. Esta competencia exclusiva no puede ser compartida con los Jueces y Tribunales ordinarios.

d) La conclusión final se expresa así:

«Sólo el reconocimiento de la competencia exclusiva de los Jueces y Tribunales para juzgar sobre la adecuación a la Constitución de las leyes anteriores a ésta y de la competencia igualmente exclusiva del Tribunal Constitucional para invalidar, en su caso, las posteriores, como obra de un poder vinculado por la Constitución ofrece un criterio claro e inequívoco.»

Dos soluciones, pues, a la problemática derogación-inconstitucionalidad sobrevenida y, consecuentemente, de la delimitación de las competencias para el enjuiciamiento de las leyes preconstitucionales.

En el trasfondo de ambas y, en definitiva, de la interpretación de nuestro sistema constitucional en este punto (trasfondo que aflora expresamente en la sentencia comentada), está uno de los modelos claramente inspiradores de nuestro texto fundamental —el alemán—, cuyo paralelismo, en sus líneas básicas, con el nuestro es, como veremos, efectivamente muy marcado. Ese paralelismo justifica, sin duda, en cualquier caso, que el Tribunal Constitucional se haya apoyado, para construir su fallo, en la jurisprudencia constitucional alemana, tomando prestados de la misma varios de los argumentos vertebrales de su decisión, según tendremos ocasión de comprobar.

Todas estas circunstancias hacen obligado un examen previo del estado de la cuestión en el Derecho alemán a la hora de cualquier análisis crítico del pronunciamiento de nuestro Tribunal Constitucional.

## II

No son del caso aquí los recelos que, la mayor parte de las veces con razón, suscita el comparatismo y la traslación al Derecho propio de soluciones ajenas. El Derecho español ofrece en este punto una evidente analogía con el sistema alemán, como no podía ser de otra forma dada la influencia directa que éste ha tenido en nuestro proceso constituyente y también en la regulación de nuestra Jurisdicción Constitucional; influencia que ha sido destacada ya repetidas veces por la doctrina.

El simple repaso y comparación de las normas pertinentes confirma plenamente la afirmación que queda hecha:

a) El artículo 123, 1, de la *Grundgesetz* (bajo la rúbrica «Vigencia del Derecho y Tratados anteriores [viejos, literalmente]») dispone:

«El Derecho del tiempo anterior a la reunión del Bundestag continúa vigente, en la medida en que no contradiga la *Grundgesetz*.»

Se trata de un precepto paralelo al contenido en el número 3 de la disposición derogatoria de nuestro texto constitucional, conforme al cual:

«Asimismo quedan derogadas cuantas disposiciones (se entiende anteriores) se opongan a lo establecido en esta Constitución.»

Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA (en *Curso...*, tomo I, *op. cit.*, pp. 110 y 111), con ocasión de establecer su tesis en orden al problema de la legislación preconstitucional y el efecto derogatorio de la Constitución, mantiene en este punto —como argumento marginal y a mayor abundancia (puesto que su posición se sustenta sobre otros más sustan-

tivos; *vid.* de dicho autor *La Constitución como norma jurídica*, *op. cit.*, páginas 136 y ss.; no se trata, pues, de hacer aquí una crítica a dicha posición— que el constituyente español, teniendo a la vista el modelo alemán, ha resuelto en forma distinta a la de éste el problema. El argumento radica, aparte la distinta construcción de los preceptos (que no parece cuestión decisiva, pues el mandato que finalmente expresan ambos es el mismo), en la utilización de términos diversos para determinar el efecto derogatorio: «contradicción» en el caso alemán y «oposición» en el español; diversidad de términos con base en la cual y en la contraposición del de «oposición» con el de «norma contraria» (empleado por el artículo 163 de nuestro texto constitucional a la hora de regular la cuestión de inconstitucionalidad) concluye la necesaria interpretación restrictiva del primero, de modo que el efecto derogatorio sólo se dará respecto de las normas de contenido político que regulan las mismas materias que las normas constitucionales de aplicación inmediata y directa (derechos fundamentales y parte organizatoria y habilitante de los poderes públicos). Este argumento, indudablemente brillante, es susceptible de reparos. En primer término, es cuestionable (en el sentido de que no basta para sostenerla la mera contraposición de la disposición derogatoria 3 y el artículo 163 del texto constitucional) la afirmación de que las expresiones «norma opuesta» y «norma contraria» sean portadoras de significaciones jurídicas radicalmente distintas. Pero, además, la argumentación justificativa del apartamiento del modelo alemán no parece suficientemente concluyente: la voz alemana *Widerspruch* significa contradicción frontal o abierta, por lo que no está muy alejada de la española «oposición». Y, de otro lado, también la *Grundgesetz*, igual que nuestra Constitución, no vuelve a emplear el mismo término a la hora de regular las competencias del Tribunal Federal Constitucional. Su artículo 93, 2, cuando atribuye a éste el conocimiento de la constitucionalidad de las leyes, habla de *Vereinbarkeit* o «compatibilidad» de éstas con la Ley Fundamental (idéntico concepto se utiliza por el artículo 100 de la *Grundgesetz*, referido a la cuestión de inconstitucionalidad). Por lo tanto, también en el modelo alemán se da la misma diversidad de expresiones que GARCÍA DE ENTERRÍA detecta en nuestro texto constitucional, por lo que en la de éste no puede fundarse sin más una singularidad de la solución española. La cuestión puede dejarse por ahora en este punto; más adelante veremos su importancia para la adecuada clarificación del problema de la derogación —inconstitucionalidad sobrevenida y, correlativamente, de la competencia exclusiva del Tribunal Constitucional o compartida con los ordinarios para el conocimiento de la desconformidad a la Constitución de las leyes preconstitucionales.

b) Conforme a los artículos 93, 1, apartados 2 y 3, y 100, 1, de la *Grundgesetz*, y el artículo 13, 6 y 11, de la Ley reguladora del Tribunal Federal Constitucional de 12 de marzo de 1951 (modificada por otra de 3 de febrero de 1971), a dicho Tribunal corresponde el conocimiento, entre otros asuntos, de:

— Las diferencias de opinión o las dudas sobre la compatibilidad formal o material del Derecho federal o de los *Länder* con la *Grundgesetz* o la compatibilidad del Derecho de los *Länder* con el Derecho federal, a instancias del Gobierno federal, del Gobierno de un *Land* o de un tercio de los miembros del *Bundestag* (recurso directo de inconstitucionalidad).

— La compatibilidad de una ley federal o de una ley de *Land* con la *Grundgesetz* o la compatibilidad de una ley de *Land* o del Derecho en general de los *Länder* con una ley federal, a instancia de un Tribunal (cuestión de inconstitucionalidad).

Así, pues, también los términos de la atribución a la Jurisdicción constitucional del conocimiento de la conformidad o no a la norma fundamental de las normas legales y las vías procesales para formalizar las pretensiones relativas al ejercicio de esa función aparecen reguladas en el Derecho alemán de forma sustancialmente idéntica a la que luce en el nuestro (arts. 161, 1, a), y 163 de la Constitución, y 2, 1, a), de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre: el Tribunal Constitucional extiende su competencia al enjuiciamiento de la contradicción o no con la Constitución de las leyes tanto por la vía del curso de inconstitucionalidad como la de la cuestión de inconstitucionalidad).

Establecido así el paralelismo y la similitud de los Derechos alemán y español por lo que respecta tanto a la eficacia derogatoria de la norma constitucional como al control de la constitucionalidad de las normas legales y a las competencias de los Tribunales ordinarios y de la Jurisdicción constitucional en la materia, es bien evidente que la solución dada al problema que nos ocupa en la jurisprudencia y doctrina alemanas puede contribuir a la clarificación de su adecuada resolución entre nosotros, tanto más cuanto —como quedó dicho— el Tribunal Constitucional, en la sentencia aquí comentada, así lo ha hecho.

### III

De principio debe señalarse que, en Alemania, el problema que nos ocupa es tratado como una colisión entre normas, es decir, un conflicto normativo, que ha de tratarse y resolverse, por lo tanto, como tal (MAUNZ, SCHMIDT, BLEIBTREU, KLEIN, ULSAMER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, E. C. H. Beck, Munich, 1979, abordan el tema del enjuiciamiento de las leyes preconstitucionales —comentario al párrafo 80, números marginales 70 a 73— bajo la rúbrica *Die Normenkollision*). Consecuentemente, la contradicción entre ley preconstitucional y Constitución no es, sustantivamente (en el plano jurídico-material), distinta de la que se da entre esta última y la ley posconstitucional, toda vez que manifestaciones ambas de una colisión entre normas. Por ello, los dos tipos de contradicción han de



resolverse en términos de un juicio de conformidad o no de la ley (sea pre o posconstitucional) con la norma fundamental. Lo prueba definitivamente el hecho de que la aplicación del artículo 123 de la *Grundgesetz* (la disposición derogatoria de la misma) se hace en términos de comprobación de la *Übereinstimmung mit dem Grundgesetz* del Derecho anterior a ésta, según dejó establecido el Tribunal Federal Constitucional —BVerfGE 6, 309, 331— en la sentencia llamada del Concordato (*vid.* M. KIRN en la obra colectiva *Grundgesetz-Kommentar*, dirigida por INGO VON MÜNCH, ed. C. H. Beck, München, 1978, tomo III, p. 977); comprobación, pues, que es de idéntica naturaleza a la que ha de hacerse para resolver sobre la constitucionalidad o no de una ley posconstitucional. De este modo, la derogación de una ley por la Constitución sólo puede afirmarse (en este sentido MAUNZ-DÜRIG-HERZOG-SCHOLZ, *Grundgesetz-Kommentar*, ed. C. H. Beck, München, 1979, comentario al artículo 123, número marginal 9) cuando dicho texto legal no sea susceptible de una interpretación «conforme a la norma constitucional».

Consecuentemente, de la utilización por los artículos 123, 93 y 100 de la *Grundgesetz* de conceptos distintos (*Widerspruch* o contradicción, oposición en el primero; *Vereinbarkeit* o compatibilidad, en los otros dos), no se deduce una distinta medida de la colisión normativa con la Constitución de las leyes pre y posconstitucionales, de forma que el grado de colisión necesario para desencadenar las consecuencias de la derogación o de la inconstitucionalidad sea diverso. El parámetro material de la colisión es en los dos casos idéntico, radicando la diferencia entre los mismos únicamente en las consecuencias jurídicas que su aplicación efectiva determina —derogación o inconstitucionalidad—; diversidad de consecuencias que deriva sencillamente de la distinta posición temporal de la norma legal respecto de la norma constitucional. Pues esa diferente posición comporta la entrada en juego también de diferentes criterios de resolución de los conflictos normativos, bien el de *lex posterior*, bien el de *lex superior*. Pero estos criterios —como destacan MAUNZ, SCHMIDT-BLEIBTREU, KLEIN, ULSAMER, *op. cit.*, comentario al parágrafo 80, número marginal 71— carecen de cualquier significación material o sustantiva y constituyen tan sólo medios auxiliares para la resolución de conflictos inter-normativos. Cuando la Constitución es posterior a la ley actúa —de ser ésta disconforme con aquélla— no sólo el principio de *lex superior*, sino también el de *lex posterior* (pues su rango jerárquico superior no le priva —como es obvio— de su carácter normativo y de su capacidad, por su posición en el ordenamiento, de desplazar las normas anteriores de igual o inferior rango jerárquico discrepantes con ella), toda vez que ambos principios sólo se excluyen cuando conduzcan a resultados contradictorios (en otro caso, como el indicado, operan paralela y concurrentemente); de ahí que la resolución de la colisión normativa, planteada en términos de disconformidad irreductible de la ley con la Constitución, sea la derogación. Cuando, por el contrario, la Constitución es anterior a la ley, la incompatibilidad entre

ambas hace entrar en juego únicamente, como es claro, el principio de *lex superior*; de ahí que la resolución de la colisión normativa sea en este caso, aún estando planteada en los mismos términos sustantivos que la anterior, la inconstitucionalidad, que es la manifestación específica de la supremacía o superioridad de la norma fundamental.

Establecido lo anterior, debe precisarse inmediatamente que es un punto pacífico, tanto en la jurisprudencia constitucional, como en la doctrina alemanas, la competencia (y aún con el carácter de exclusiva) del Tribunal Federal Constitucional para conocer de la compatibilidad con la ley fundamental, además de las leyes posconstitucionales, de las normas legales anteriores a aquélla, por la vía del recurso directo de inconstitucionalidad. El argumento básico radica no tanto en la ausencia de todo condicionamiento a la competencia del Tribunal por razón del momento temporal de promulgación de la ley a enjuiciar, como en la inexistencia —en el caso del recurso de inconstitucionalidad— de toda posible concurrencia de la función atribuida a la jurisdicción constitucional con el *Prüfungsrecht* inherente al poder judicial ordinario, de modo que no existe peligro alguno de exceso en el ejercicio de dicho derecho, ni, por tanto, necesidad alguna de proteger al poder legislativo frente a una tal posibilidad (BVerfGE 2, 124 y 24, 174; en este sentido *vid.* H. LECHNER: *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, ed. C. H. Beck, München, 1973, p. 106, y H. SÖHN: «Die abstrakte Normenkontrolle», en la obra colectiva *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, publicada en homenaje del Tribunal Federal Constitucional con motivo del primer cuarto de siglo de su existencia, ed. J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1976, tomo I, p. 313). Por esta razón la sentencia del Tribunal Federal alemán (BVerfGE 20), de 5 de agosto de 1966 —que cita en apoyo de su tesis la sentencia de nuestro Tribunal Constitucional de 2 de febrero de 1981— admitió sin más el recurso directo de inconstitucionalidad interpuesto contra la ley sobre reuniones públicas y similares, de 5 de noviembre de 1934, modificada por otras de 26 de septiembre de 1939 y 13 de octubre de 1941 (ley, pues, preconstitucional, que databa de la época nacionalsocialista), entró en el fondo del recurso y declaró la nulidad del texto legal.

Es en el plano del control concreto (en el marco de un proceso entre partes y por contraposición al abstracto que supone el recurso directo de inconstitucionalidad) de la constitucionalidad de las leyes (la llamada cuestión de inconstitucionalidad), en el que se plantea la cuestión de si dicho control está reservado, en régimen de monopolio, a la Jurisdicción constitucional, con independencia de la fecha de promulgación de la ley de que se trate. Y es así, porque en este caso el control de la Jurisdicción constitucional concurre necesariamente con el *Prüfungsrecht* de los Tribunales ordinarios; concurrencia que determina por sí misma la necesidad de la delimitación de las competencias del Tribunal Constitucional y de los integrantes del poder judicial. Como señala, en efecto, H. LECHNER (*op. cit.*, pp. 130 y ss.),

en la base del problema están el fundamento y el alcance del *richterlichen Prüfungsrecht*. Este derecho, discutido aún en la época de la República de Weimar, ha acabado siendo reconocido expresamente en el artículo 100 de la *Grundgesetz* y en los párrafos 13, apartados 11 y 80 a 82, de la Ley reguladora del Tribunal Federal Constitucional. Pero la característica de esta regulación positiva del *Prüfungsrecht* de los Tribunales ordinarios es que excluye de él la determinación de si la norma legal aplicable en el proceso es o no compatible con la *lex superior* (la norma constitucional) y la concentración de la decisión sobre dicho extremo en el Tribunal Constitucional. Pues el artículo 100 de la *Grundgesetz* sólo obliga a los Tribunales a suspender la tramitación de los procesos de que conozcan y a someter la cuestión al Tribunal Constitucional, cuando tengan por *inconstitucional* una ley cuya *validez* sea de trascendencia para la decisión del proceso. Consecuentemente, la excepción al *Prüfungsrecht* sólo comprende el tema de la validez (no la vigencia) de la norma legal aplicable por razón de inconstitucionalidad; términos ambos —los de validez e inconstitucionalidad— que hacen referencia a una colisión normativa y, en concreto, la planteada en términos de sucesión en el tiempo, es decir, de conflicto entre una *lex anterior* y una *lex posterior* (con independencia de que ésta sea, además, *superior*).

El resultado es que la remisión por un Tribunal ordinario al Constitucional de la decisión sobre una colisión normativa sólo será admisible (y, al propio tiempo, obligada), cuando la norma legal supuestamente inválida haya sido promulgada bajo la vigencia de la norma constitucional. Quiere decirse, pues, que el monopolio del Tribunal Constitucional para declarar la incompatibilidad de una ley con la norma fundamental por la vía procesal de la cuestión de inconstitucionalidad (es decir, en el marco del llamado control concreto de las normas legales por verificarse en el contexto de un proceso y para la resolución de éste) se refiere únicamente a las leyes posconstitucionales o, lo que es lo mismo, a la colisión planteada exclusivamente en términos de jerarquía (*lex superior* frente a *lex inferior*). Queda fuera del mismo la ley preconstitucional, toda vez que surgiendo el tema de la colisión de éstas con la posterior *lex superior* en el seno de un proceso y actuando en dicha colisión, con preferencia sobre el criterio jerárquico (y, en todo caso, de forma paralela, en el mismo sentido y con idéntico resultado que él), el principio *lex posterior*, la aplicación de este principio debe entenderse comprendida dentro del *Prüfungsrecht* que para la depuración del Derecho aplicable en el proceso y para su resolución corresponde, desde luego, al Juez o Tribunal ordinario.

En definitiva, la limitación o no de la cuestión de inconstitucionalidad (como tal reservada al Tribunal Constitucional) no es un problema material o de fondo, que en todos los casos es el mismo —la colisión entre normas—, sino un problema exclusivamente procesal: el del ámbito u objeto del incidente en que consiste la cuestión de

inconstitucionalidad. La solución dada al mismo (hoy perfectamente establecida tanto en la doctrina como en la jurisprudencia constitucional) —la de la limitación de la cuestión de inconstitucionalidad a las leyes posconstitucionales—, descansa básicamente en los siguientes argumentos, tal como quedaron formulados en las sentencias del Tribunal Federal Constitucional de 20 de marzo de 1952 y 24 de febrero de 1953 (BVerfGE 1, 184 y 2, 124):

a) Dos son los principios con arreglo a los cuales debe interpretarse el artículo 100, 1, de la *Grundgesetz*. En primer término, la función que al Tribunal Federal Constitucional corresponde en el contexto de dicho precepto es la de evitar que los Jueces y Tribunales ordinarios puedan desconocer o imponerse a la voluntad del legislador, mediante el expediente de inaplicar la ley por entender que ésta infringe la Constitución. Y, en segundo lugar, es inoperante —en el caso del artículo 100, 1, citado— la función encomendada a aquel Tribunal de ser *Hüter der Verfassung* o *guardián de la Constitución*, puesto que dicho precepto no pretende fundamentar una competencia universal de la jurisdicción constitucional para el examen y decisión de todas las cuestiones de carácter constitucional, excluyendo la de los Jueces y Tribunales ordinarios; antes al contrario, presupone la de éstos para conocer de dichos extremos.

b) Los anteriores principios resultan corroborados por las siguientes consideraciones:

— La decisión sobre la compatibilidad de la ley preconstitucional con la Constitución deja a salvo la autoridad del poder legislativo. En la medida en que el examen de dicha compatibilidad *presupone* la eficacia y vigencia anteriores a la Constitución de la ley (pues, en otro caso, ni siquiera podría plantearse la cuestión) y consiste —cuando se niega dicha compatibilidad— en una comprobación objetiva de que una voluntad legislativa posterior ha sustituido a la anterior, deja intacto, en efecto, el principio de la sumisión del poder judicial al legislativo. El hecho de que la ley posterior —en este tipo de conflictos normativos— sea una norma superior es irrelevante para la resolución de los mismos, pues en todo caso se trata de una colisión entre normas sucesivas en el tiempo.

— La circunstancia de que, al ser la Constitución el parámetro de referencia para la resolución del conflicto, deben emplearse en ésta criterios y técnicas distintos de los que se aplican para solventar los problemas de la sucesión de normas legales en el tiempo, no justifica por sí sola un monopolio del Tribunal Constitucional para controlar la constitucionalidad de las leyes anteriores a la ley fundamental. Ciertamente que la *Grundgesetz* contiene principalmente regulaciones muy generales (en cuanto que tiene por objeto básicamente el establecimiento de los principios que deben regir la vida política y social y no puede, por ello, contener determinaciones precisas para todos los sectores del ordenamiento estatal), pero estas características de

la normativa fundamental no han determinado la sustracción a los Jueces y Tribunales ordinarios de toda capacidad interpretativa de la Constitución y la entrega de ésta, en exclusiva, al Tribunal Constitucional (entrega que la Constitución no contempla). Los Jueces y Tribunales ordinarios tienen, desde luego, competencia para interpretar la Constitución y establecer la conformidad o no a la misma de una norma legal. No existe, pues, monopolio interpretativo de la Constitución en favor del Tribunal Constitucional. El monopolio que sí consagra el artículo 100, 1, de la *Grundgesetz* (cuestión de inconstitucionalidad) es más bien un monopolio de *declaración* de la inconstitucionalidad de los casos de imputación al legislador posconstitucional de vulneración de la norma fundamental. No se trata, pues, de un monopolio del Tribunal Constitucional en su condición de *Hüter der Verfassung* o *custodio de la Constitución*.

— El reconocimiento a los Jueces y Tribunales ordinarios de la *Verwerfungskompetenz* respecto de las leyes preconstitucionales implica ciertamente, al menos por un cierto periodo, un riesgo de dispersión de las soluciones e, incluso, de inseguridad jurídica. Pero ese riesgo quedará reducido en la medida en que las dudas en la interpretación constitucional se resuelvan por la jurisprudencia. De especial relevancia es, a este respecto, la posibilidad del planteamiento directo de dichas dudas —en concreto, en torno a la compatibilidad con la Constitución de leyes preconstitucionales— al Tribunal Constitucional en cualquier tiempo (recuérdese que, en el sistema alemán, la interposición del recurso de inconstitucionalidad no está sujeta a plazo de preclusión).

c) Del tenor literal del artículo 100, 1, de la *Grundgesetz* (regulador de la cuestión de inconstitucionalidad) no resulta ningún criterio claro para la resolución del problema de si los Jueces y Tribunales ordinarios cuentan o no con la facultad para decidir sobre la constitucionalidad de las leyes preconstitucionales.

d) Por último, los antecedentes (*interna corporis*) de los preceptos constitucionales relativos al control de normas ofrecen argumentos en favor de la limitación del ámbito de aplicación del artículo 100, 1, de la *Grundgesetz* a las leyes posconstitucionales, tanto más si dichos antecedentes se analizan a la luz de la historia de la evolución del *Prüfungsrecht* judicial bajo la vigencia de la Constitución de Weimar.

#### IV

En el análisis tanto de la sentencia de nuestro Tribunal Constitucional como del voto particular a la misma que motivan estas reflexiones, lo primero que destaca es que arrancan ambos de un planteamiento desenfocado, casi podría decirse que invertido, de la cuestión básica. Esta es vista no desde la única perspectiva válida —la del conflicto o colisión normativos y sus términos sustantivos (idénticos

en todos los casos, cualquiera que sea la posición recíproca de las normas en ellos)—, sino desde la de la imagen diversificada que de los referidos conflictos proyectan los criterios técnicos convencionales establecidos para su resolución en razón precisamente a aquella posición recíproca de las normas y las soluciones que la aplicación de tales criterios comporta. De esta forma, los criterios auxiliares se sustantivan, transformándose en elementos consustanciales de los conflictos normativos, y sus consecuencias dejan de ser efectos para pasar a formar parte de las causas. El resultado final es la artificial diversificación del régimen sustantivo del problema de fondo: la colisión entre normas.

Esta circunstancia es especialmente clara en el caso del voto particular. Este parte de la afirmación de la derogación y la inconstitucionalidad (que son sólo las consecuencias o los efectos de la aplicación de uno u otro de los criterios básicos —temporal y jerárquico— para la resolución de los conflictos normativos) como instituciones sustantivamente diversas, para, sobre la base de la implícita correspondencia de esa diversidad con la de los conflictos normativos planteados en términos ley anterior-ley posterior (aunque ésta sea, además, superior) y Ley superior-ley inferior, concluir en la necesaria distribución de la competencia para decidir sobre los mismos, en términos de exclusividad, a los Jueces y Tribunales ordinarios los primeros (derogación de normas anteriores por la Constitución), y al Tribunal Constitucional (inconstitucionalidad de las leyes posteriores a la norma fundamental).

La deformación del planteamiento no es tan clara en la sentencia (en la misma se afirma que todos los criterios técnicos de resolución de conflictos operan a partir de un mismo parámetro material, aunque inmediatamente se diluye esta afirmación admitiendo una gradación del parámetro en razón del criterio a aplicar), pero a la postre el fallo acaba argumentándose sobre la poco clara distinción sustantivada —en el supuesto de conflictos entre ley anterior y ley superior posterior— entre derogación (entendida como contradicción de la máxima intensidad que no ofrece duda, apreciable por los órganos del poder judicial) y constitucionalidad sobrevénida (entendida como contradicción de menor intensidad que ofrece duda, apreciable por la Jurisdicción constitucional), reservando, finalmente y en todo caso, a esta última, en régimen de monopolio, el conocimiento de los conflictos entre ley superior-ley ordinaria posterior.

Como señala el ejemplo del Derecho alemán, íntegramente trasladable al nuestro, las relaciones de las leyes con la Constitución (en tanto que ésta es una norma jurídica, aunque la superior del ordenamiento) se plantea en los términos propios de toda relación normativa, por lo que —desde este punto de vista material— ningún distingo puede hacerse en función de la anterioridad o posterioridad de la ley ordinaria respecto de la Constitución. Todo conflicto de aquélla con ésta lo es por contradicción, por lo que las relaciones de que se viene hablando se resuelven íntegramente, en el plano ma-

terial, conforme a la disyuntiva conformidad-disconformidad, que agota por completo el panorama de dichas relaciones. Esta circunstancia, absolutamente decisiva, ha sido vista por la sentencia, pero ésta no ha extraído de la misma las consecuencias necesarias para el ulterior desarrollo y resolución del problema —distinto— de la competencia para la *declaración* de la conformidad o disconformidad con la Constitución.

La primera consecuencia que debe extraerse y que es obligado corolario de la naturaleza estrictamente normativa de la totalidad del texto constitucional (con independencia de la distinta estructura, contenido, precisión y alcance de sus diferentes preceptos) es la de que es la Constitución en su conjunto la que, en virtud de su posición en el ordenamiento jurídico (temporal y jerárquica), se relaciona con el resto de las normas de éste, de modo que no pueden clasificarse los conflictos entre aquélla y éstas en función de una pretendida diferente aptitud de los preceptos constitucionales para desencadenar unos u otros. Quiere decirse que no parece factible limitar los conflictos a resolver en aplicación de la disposición derogatoria a un tipo de preceptos constitucionales: los de inmediata y directa aplicación (entendiendo por tales los reguladores de los órganos constitucionales y habilitantes de poderes públicos, así como de los derechos fundamentales y libertades públicas). La limitación del efecto derogatorio no puede venir nunca de una distinción del valor normativo de los preceptos constitucionales (pues todos lo tienen por igual), sino exclusivamente del hecho de la imposibilidad de llegar a un juicio de disconformidad desencadenante de dicho efecto en razón al grado de precisión del mandato constitucional. Ciertamente que este grado alcanza su mayor intensidad en los preceptos indicados, pero de ello no puede seguirse la restricción a los mismos —tesis que, como vimos, sostiene Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA— de la capacidad de inducción de la consecuencia derogatoria.

Prueba de ello es que la sentencia del Tribunal Constitucional aquí comentada (referida a la Ley de Régimen Local de 1955, es decir, una ley anterior a la Constitución) admite con toda naturalidad la posibilidad de la contradicción de ésta —con la consecuencia de la inconstitucionalidad sobrevenida y, por tanto, la derogación— con principios generales consagrados por la Constitución (en este caso el de autonomía). Dice textualmente la sentencia:

«Pues bien, entendemos que los principios generales del Derecho, incluidos en la Constitución, tienen carácter informador de todo el ordenamiento jurídico —como afirma el artículo 1.º, 4, del título preliminar del Código Civil— que debe así ser interpretado de acuerdo con los mismos. Pero es también claro que allí donde la oposición entre las leyes anteriores y los principios generales plasmados en la Constitución sea irreductible, tales principios, en cuanto forman parte de la Constitución, parti-

cipan de la fuerza derogatoria de la misma, como no puede ser de otro modo. El hecho de que nuestra norma fundamental prevea en su artículo 53, 2, un sistema especial de tutela de las libertades y derechos reconocidos —entre otros— en el artículo 14, que se refiere al principio de igualdad, no es sino una confirmación de carácter específico del valor aplicativo —y no meramente programático— de los principios generales plasmados en la Constitución.

En conclusión, en los supuestos en que exista una incompatibilidad entre los preceptos impugnados y los principios plasmados en la Constitución, procederá declararlos inconstitucionales y derogados, por ser opuestos a la misma.»

#### Consecuentemente:

1. Toda relación de una norma legal ordinaria con la Constitución se plantea, exclusivamente, en términos de constitucionalidad, es decir, de conformidad o disconformidad con ésta, con independencia de que el conflicto se trabe por razón de ser la norma fundamental, a la vez, ley posterior y superior a la ordinaria o en virtud, exclusivamente, de su superioridad sobre ésta.

Cuestión distinta a la anterior y que en nada influye sobre la misma es la atinente a los efectos derivados del juicio único de constitucionalidad, cuando éste es desfavorable para la norma ordinaria; efectos que son distintos y dependen del carácter del conflicto concreto (en función de la posición respectiva de las normas en colisión). Porque estos efectos no sustentan el juicio de constitucionalidad, al ser cabalmente la consecuencia conectada al mismo.

2. Todo precepto constitucional, en tanto que norma jurídica, puede entrar en relación y, por tanto, en conflicto con otras normas, por lo que es capaz de determinar un juicio de constitucionalidad, sin perjuicio —en función de sus características concretas— de la mayor o menor dificultad para establecer un tal juicio; extremo éste que no empece a lo anterior.

Ocorre, sin embargo, que en los sistemas europeos continentales dotados de control de constitucionalidad, por contraposición al norteamericano y en razón a la especial conformación en los mismos del principio de división de poderes (determinante, en lo que ahora interesa, de la sumisión total del Juez a la ley formal, es decir, a la voluntad formalmente expresada del poder legislativo), *el poder de declaración de la inconstitucionalidad* (entendida aquí como contradicción irresoluble entre la Constitución y la *voluntas legislatoris*) y, por tanto, de formulación del juicio correspondiente está reservado a un órgano constitucional específico, ciertamente de carácter jurisdiccional, pero diferenciado del poder judicial. Fácilmente se comprende (como lo prueba, de otro lado, el caso norteamericano) que



el fundamento de esa concentración en un Tribunal especial del indicado poder no estriba en una diferenciación sustantiva del juicio de constitucionalidad respecto a la típica función de aplicación del Derecho propia de los Jueces y Tribunales, sino en razones de índole diversa atinentes a la distribución de los poderes públicos en el Estado de Derecho europeo continental y, en su caso, a la seguridad jurídica y certeza del Derecho; razones que, en ningún caso, hacen relación al plano sustantivo en que hasta ahora nos hemos movido.

De otro lado, la tarea de aplicación del Derecho implica de suyo tanto la depuración del Derecho aplicable al caso como la interpretación de éste una vez establecido, lo que significa que ambas operaciones son realizadas necesariamente por cualquier operador jurídico. Otra cosa es que el poder de *declaración*, de forma vinculante y en el marco de un proceso, del Derecho aplicable y de su interpretación correcta está atribuido en exclusiva *ex lege* a quien detenta la *función de juzgar*. Por ello mismo, el poder judicial tiene potestad no sólo para formular juicio (lo que es propio de cualquier aplicador del Derecho) sobre ambas cuestiones, sino para declarar formalmente el mismo e imponer esa declaración con el alcance que su sentencia tenga conferido. Pero esa potestad (con referencia, en concreto, al *Prüfungsrecht* o derecho a determinar y declarar el Derecho vigente y aplicable) no cabe concebirla —como pretende el voto particular a la sentencia del Tribunal Constitucional que nos ocupa— como exclusiva del poder judicial, toda vez que es inherente a toda función jurisdiccional y el Tribunal Constitucional —aunque no encuadrado formalmente en aquel poder— ejerce una función típica y estrictamente jurisdiccional. Volviendo por pasiva el argumento esgrimido por el voto particular, ningún precepto constitucional o de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional reduce o limita la función sustantivamente judicial del mismo, por lo que no existe base para sustraerle la facultad de que se viene hablando. Un simple ejemplo ilustra definitivamente lo dicho: Con motivo de un recurso de amparo deducido contra una resolución judicial es obvio que el Tribunal Constitucional podrá establecer nuevamente, confirmando o no la decisión judicial al respecto, el Derecho aplicable al caso.

Por tanto, el *Prüfungsrecht* es una facultad inherente a toda función jurisdiccional (tesis que debe entenderse mantiene la sentencia del Tribunal Constitucional comentada). Sin embargo, y por razón del sistema de concentración del control de la constitucionalidad adoptado en los países de la Europa continental —según antes quedó visto—, al poder judicial ordinario se le priva de la potestad de *declaración* de la inconstitucionalidad de las leyes (no así de la aplicación e interpretación del texto constitucional; conforme al artículo 1.º, 1, de su Ley Orgánica, el Tribunal Constitucional es ciertamente «intérprete supremo», pero no único, de la Constitución). Pero esta privación deriva exclusivamente de una regla formal de delimitación del ámbito y objeto de la Jurisdicción especial constitucional.

La cuestión que nos ocupa ha de abordarse y resolverse, por tanto, exclusivamente desde esta perspectiva y la de los fundamentos sobre los que descansa el sistema de concentración del control de la constitucionalidad.

En este orden de cosas, lo primero que debe destacarse es que lo característico de la jurisdicción constitucional es su posición de *Hüter der Verfassung*, es decir, de custodio o guardián del texto fundamental; posición que lo es respecto del legislador ordinario en cuanto respecta al control de las normas con fuerza de ley. Quiere decirse que a este respecto el Tribunal Constitucional tiene por función mantener al legislador ordinario en el marco de la Constitución. De ahí su concepción teórica como «legislador negativo» y positiva como «único en su orden» (art. 1.º, 2, de su Ley Orgánica reguladora) y el otorgamiento a sus sentencias de efectos *erga omnes* (art. 164, 1, de la Constitución).

Es claro, pues, que el Tribunal Constitucional tiene una competencia exclusiva y excluyente en materia de control de la constitucionalidad de las leyes, es decir, para la declaración de la conformidad o disconformidad de éstas con el texto fundamental. Esta exclusividad descansa en el carácter concentrado de dicho control (un único órgano judicial situado fuera del poder judicial ordinario, en cuanto sometido éste plenamente a la ley) y en los principios de seguridad y certeza jurídicas (que demandan que la declaración de la conformidad o no de una ley a la Constitución dependa de un único intérprete y que sus decisiones tengan eficacia general).

El problema estriba, pues, únicamente en establecer si ese monopolio es total o, por el contrario, está limitado a las leyes posconstitucionales. En nuestro caso, como en el alemán, ni la Constitución ni la Ley Orgánica reguladora del Tribunal suministran elemento de juicio alguno para resolver dicho problema. Más aún, este último texto legal abona, si acaso y en su disposición transitoria 2.ª (núm. 1), la tesis de la ilimitación del monopolio del Tribunal Constitucional, al no acotar por relación a la fecha de entrada en vigor de la Constitución la referencia que hace —a efectos del plazo de interposición del recurso de inconstitucionalidad o de amparo o de promoción de un conflicto constitucional— a las leyes, disposiciones o actos anteriores al día de formal constitución del Tribunal (aunque un tal argumento no es, como resulta bien obvio, concluyente). Pero de este paralelismo entre nuestro Derecho y el alemán —y aquí radica, a nuestro juicio, el error básico de la sentencia comentada— no se sigue sin más la posibilidad del trasplante de la solución jurisprudencial alemana al problema. Porque dicho paralelismo cesa precisamente en lo dicho. A partir de ahí surge entre ambos sistemas una diferencia que es clave: así como la configuración del control concreto de constitucionalidad (la cuestión de inconstitucionalidad) mantiene la similitud, no sucede otro tanto con la del control abstracto, o sea el recurso de inconstitucionalidad, que en nuestro caso está sujeto a un plazo fugaz de caducidad (tres meses) y en el alemán puede interponerse en todo

momento, cualquiera que sea la fecha de promulgación de la disposición legal. Más aún, el control abstracto de constitucionalidad tiene en la República Federal Alemana un ámbito mayor que en España, al ser posible también en todo caso someter al Tribunal Federal Constitucional (al margen del recurso de inconstitucionalidad) las dudas o las diferencias de opinión sobre la compatibilidad formal o material de una ley a la Constitución (art. 93, 1, 2, de la *Grundgesetz* y párrafo 13, 6, de la Ley reguladora del referido Tribunal). Estas diferencias impiden, desde luego, trasladar sin más a nuestro Derecho, como, sin embargo, hace el Tribunal Constitucional en la sentencia aquí analizada, los argumentos esgrimidos por la jurisprudencia constitucional germánica para establecer el deslinde competencial entre ésta y la jurisdicción ordinaria en orden a la formal declaración de la desconformidad de una ley con la Constitución. Porque, en virtud de la específica regulación en Alemania de las vías procesales de acceso a la jurisdicción constitucional, la limitación de la admisibilidad de la cuestión de inconstitucionalidad a los supuestos en que la ley de cuya constitucionalidad se dude sea posterior a la Constitución no supone, en efecto, cuestionamiento de la posición del Tribunal Constitucional como *Hüter der Verfassung* (legislador negativo único) o intérprete supremo del texto fundamental, ni afección de los principios de seguridad y certeza jurídicas, toda vez que la sustracción a la competencia de aquel Tribunal de las leyes anteriores a la Constitución lo es simplemente por la vía de la cuestión de inconstitucionalidad, permaneciendo ejercitable, desde luego, a través tanto del recurso de inconstitucionalidad, cuanto del sometimiento de dudas o diferencias de opinión sobre la constitucionalidad de las leyes; vías estas últimas más que suficientes para conjurar cualquier riesgo de dispersión de soluciones jurisprudenciales.

En Derecho español, la limitación del control abstracto al recurso de inconstitucionalidad y la sujeción de éste a un plazo de caducidad (de modo que, al día de hoy, esta vía está ya definitivamente cegada para el enjuiciamiento de cualesquiera leyes anteriores a la Constitución), comportan la reducción al control concreto o cuestión de inconstitucionalidad de la posibilidad de ejercicio por el Tribunal Constitucional —en relación a dichas leyes— de su función característica, por lo que en toda solución del problema que nos ocupa les corresponde a los principios de seguridad y certeza jurídica un papel primordial.

De otro lado, el recurso al Derecho comparado es innecesario, toda vez que la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional facilita un criterio seguro en orden a la delimitación del ámbito de la competencia propia de dicho Tribunal. En efecto, el artículo 27, 1, que encabeza las «disposiciones generales» relativas a todos los procedimientos de inconstitucionalidad (consecuentemente, tanto al control abstracto como al concreto de normas legales) define con toda precisión la función del Tribunal en los siguientes términos:

«Mediante los procedimientos de *declaración* de inconstitucionalidad regulados en este título, el Tribunal Constitucional garantiza la *primacía* de la Constitución y enjuicia la *conformidad con ella* de las leyes, disposiciones o actos impugnados.»

Por tanto, en materia de inconstitucionalidad, es decir, de enjuiciamiento de la conformidad o no a la Constitución de las leyes, la competencia propia del Tribunal Constitucional (que es, al propio tiempo, exclusiva, dada la condición única de dicho Tribunal en su orden) radica o consiste en la *declaración formal* del resultado de dicho enjuiciamiento por razón estrictamente *al principio de primacía de la Constitución*. Es obvio que este principio ha de identificarse con el de superioridad de la norma fundamental y que rige no sólo en los conflictos normativos suscitados por leyes posteriores, sino también en los inducidos por leyes anteriores a dicha norma.

El resultado es que la competencia de la Jurisdicción constitucional en la materia no está determinada por el momento temporal de promulgación de la ley enjuiciada, sino por *el criterio con arreglo al cual debe decidirse el conflicto normativo por ésta suscitado*. Es, pues, a la aplicación de este criterio y a la declaración formal de las consecuencias jurídicas que de la misma se siguen a las que se contrae el monopolio del Tribunal Constitucional en cuanto «guardián de la Constitución».

De lo dicho se desprende que:

a) El control de la constitucionalidad de las leyes posteriores a la Constitución —cualquiera que sea la vía por la que se plantee— es siempre una competencia exclusiva del Tribunal Constitucional simplemente porque los términos de la relación de dichas leyes con aquella norma fundamental se agotan en los que resultan de la dialéctica *lex superior - lex inferior*, con lo que dicha relación cae siempre en el campo de la función de garantía de la primacía del texto constitucional que está atribuida al referido Tribunal.

b) El control de la constitucionalidad de las leyes anteriores a la Constitución —asimismo con independencia de la vía por la que se plantee— es de competencia del Tribunal Constitucional en la medida en que el conflicto normativo se plantee y deba resolverse en virtud de la regla *lex superior derogat inferiorem*, es decir, en tanto que corresponda a la función de garantía de la primacía del texto constitucional.

Esta competencia no plantea problemas de delimitación con las propias de los órganos judiciales ordinarios, por razones obvias, cuando el control se formalice por la vía del recurso de inconstitucionalidad; aunque este aspecto de la cuestión ha perdido todo interés práctico una vez precluido el plazo de interposición de dicho recurso.

Si los plantea, sin embargo, cuando el control deba producirse por la vía de la cuestión de inconstitucionalidad, pues aquí coinciden en un mismo contexto procesal las facultades judicial de determinación del Derecho aplicable al caso (a la que es inherente la de inaplicación de una ley por haber quedado derogada —en lo que aquí interesa por la cláusula derogatoria de la Constitución y, por tanto, de la declaración formal de tal derogación con los efectos propios de su sentencia) y la del Tribunal Constitucional de enjuiciamiento y declaración formal de la conformidad o no a la Constitución de una norma legal en garantía de la primacía de aquélla (que comprende cualquier contradicción con el texto fundamental). Y esta coincidencia o concurrencia de ambas competencias se da sencillamente porque, sobre un mismo y único problema de fondo, el de la inconstitucionalidad de la ley, se proyectan y superponen la fuerza derogatoria del texto constitucional en su condición de norma posterior (aspecto conflictual que no está reservado en régimen de monopolio al Tribunal Constitucional y al que alcanza, pues, la competencia del poder judicial) y la fuerza invalidante del mismo texto en su condición de norma superior (aspecto conflictual que sí está reservado, en exclusiva, al Tribunal Constitucional).

Tal concurrencia de competencias se produce, además, y por las razones ya apuntadas, en los siguientes términos: exclusividad de la del Tribunal Constitucional para resolver cuanto afecte a la primacía o superioridad de la ley y compartición por dicho Tribunal y el órgano judicial ordinario de la relativa a la apreciación y declaración de la eficacia derogatoria de la Constitución en tanto que *lex posterior*.

En esta situación, lo importante radica, como es obvio, en la delimitación del ámbito de la competencia que el Tribunal Constitucional detenta en calidad de exclusiva. La dificultad de esta delimitación en términos seguros y objetivos radica en la unidad del problema de fondo, que determina la imposibilidad de su división material (siendo factible, todo lo más y como señala la sentencia del Tribunal Constitucional comentada, su artificial gradación en función de la intensidad de la contradicción normativa). En cualquier caso, la solución debe partir de los siguientes datos:

a) La admisibilidad, en todo caso, en nuestro sistema, de la cuestión de inconstitucionalidad referida a leyes preconstitucionales.

b) La procedencia de otorgar preferencia a la competencia del Tribunal Constitucional sobre la de los órganos judiciales ordinarios, por las siguientes razones:

- La competencia de los órganos judiciales no es exclusiva, sino meramente compartida con la del Tribunal Constitucional.
- La cuestión de inconstitucionalidad es la única vía procesal para que el Tribunal Constitucional pueda desempeñar su función propia de garante único de la primacía de la Constitución,

- Los principios de seguridad y certeza jurídicas demandan una interpretación restrictiva del *Prüfungsrecht* de los órganos judiciales.

Sobre la base de estas premisas puede trazarse la línea divisoria de las competencias examinadas atendiendo al hecho de que el conflicto normativo sólo es resoluble con arreglo al criterio de la *lex posterior* cuando se plantea en términos de contradicción irresoluble entre mandatos jurídicos precisos, de modo que dicha contradicción es objetiva y manifiesta por la sola confrontación de los preceptos y sin mayores operaciones jurídicas. Quiere decirse que el ámbito del *Prüfungsrecht* de los órganos judiciales puede circunscribirse por relación a los preceptos constitucionales continentales de regulaciones concretas y unívocas, que no dejen, por tanto, margen o espacio a la libertad de configuración social inherente al poder legislativo. Ejemplos bien significativos son las prohibiciones constitucionales de la tortura, las penas o tratos inhumanos o degradantes y la de muerte (art. 15), de la imposición por la Administración de sanciones que impliquen la privación de libertad (art. 25, 3) y de los Tribunales de Honor en el ámbito de la Administración civil (art. 26). En definitiva, pues, el *Prüfungsrecht* de los Jueces y Tribunales está limitado a los conflictos entre ley anterior y Constitución posterior trabados entre preceptos que, por la precisión de su contenido, comporten de forma manifiesta una irreductible contradicción entre los mismos. Cualquier conflicto en que no concurren las notas de especificidad o precisión del parámetro constitucional de referencia y de contradicción manifiesta e irresoluble del mismo por el precepto legal anterior cae de suyo en la competencia del Tribunal Constitucional, debiendo abstenerse el órgano judicial de resolverlo y plantear, por el contrario, la cuestión de inconstitucionalidad.

## V

Redactado este trabajo, se ha producido la publicación (en el suplemento al núm. 99 del «BOE» de 25 de abril de 1981) de la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981, recaída en el recurso de inconstitucionalidad número 192/1980 promovido por 52 Diputados contra diversos preceptos del Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, regulador del derecho de huelga y de los conflictos colectivos de trabajo (Ponente, Magistrado señor Díez Picazo), en la que se mantiene la tesis aquí propugnada.

En el fundamento jurídico segundo, en efecto, se dice textualmente:

«... hay que señalar que no existe una auténtica contradicción entre el problema vigencia-derogación y el problema constitucionalidad-inconstitucionalidad. No es en-

teramente exacta la opinión de que el tema de la vigencia o derogación es previo al de la constitucionalidad, porque respecto de normas derogadas no cabe ni siquiera plantearse el tema de su constitucionalidad. En puridad, ocurre más bien lo contrario. En la medida en que la derogación se produce por contradicción con la Constitución, la contradicción con la Constitución es una premisa de la derogación. *Nosotros entendemos por inconstitucionalidad simplemente el juicio de contraste entre las dos normas, al que subsigue una consecuencia jurídica. Mas inconstitucionalidad no es la consecuencia, sino, simplemente, la premisa de esa consecuencia. Por eso puede decirse que la inconstitucionalidad de las leyes anteriores conduce a unas consecuencias que pueden ser concurrentemente la derogación y la nulidad.*»

Además, la sentencia establece perfectamente el deslinde entre la cuestión sustantiva, resuelta como queda dicho, y el aspecto procesal de la misma, al señalar que:

«La conclusión anterior, que es meridiana, se empaña porque el problema debatido se complica con otros dos, como son el de la posibilidad de una acción directa de inconstitucionalidad contra la legislación anterior a la Constitución y el problema del monopolio jurisdiccional en esta materia.»

En el orden de la admisibilidad del recurso directo de inconstitucionalidad contra las leyes preconstitucionales, el fallo se pronuncia decididamente en sentido positivo («En el momento actual, el problema surge y no puede resolverse negativamente, porque, como se ha dicho, no existe la prohibición, y tampoco existe razón alguna para entender excluida la potestad de los grupos parlamentarios. Más bien parece que la conclusión a la que se debe llegar es la contraria si se piensa que todos los legitimados para acudir ante este Tribunal, además de defender sus estrictos intereses personales o políticos, realizan una función pública cual es la de poner en marcha los mecanismos de depuración del ordenamiento jurídico. En otro sentido, se puede pensar que si las personas a quienes las leyes otorgan potestad para que acudan ante este Tribunal ejercitan una acción de inconstitucionalidad, si el Tribunal no les atiende incide en denegación de justicia.») Sin embargo, al abordar el problema del deslinde entre las competencias del Tribunal Constitucional y de los Jueces y Tribunales ordinarios, derivado de la confluencia de ambas en la cuestión de inconstitucionalidad, la solución resulta insatisfactoria por remitida a la decisión de los últimos:

«Lo anterior no significa en modo alguno que el Tribunal pretenda asumir el monopolio para decidir la derogación del derecho positivo anterior por la fuerza normativa de la Constitución en cuanto norma. *Esta es una cuestión que obviamente pueden resolver por sí solos los jueces ordinarios. Mas es claro también que pueden someterla a este Tribunal por la vía de los artículos 35 y siguientes de la Ley Orgánica del mismo, y si la cuestión le es propuesta al Tribunal, el Tribunal deberá resolverla, porque no deja de ser, bajo uno u otro prisma, una cuestión de inconstitucionalidad, ya que el artículo 35 parte de la premisa de que la solución del problema se le presenta al Juez como dudosa.*

La diferencia que existe entre el pronunciamiento de este Tribunal y el que puedan adoptar sobre los temas de derogación los Jueces ordinarios consiste obviamente en que, una vez que este Tribunal se ha pronunciado sobre el tema, todos los poderes del Estado deben acatamiento a su decisión, mientras que las resoluciones de los órganos jurisdiccionales surten solamente sus efectos en el caso concreto y entre las partes implicadas en tal caso concreto.»

LUCIANO PAREJO ALFONSO